

# 消費者法における「資産形成型取引」の法的課題

—— 海外先物取引判例における不法行為処理 ——

山 口 康 夫

## 目 次

- 一 問題の所在
- 二 「資産形成型取引」の実態と法制度
- 三 先物取引に関する判例
- 四 海外先物取引判例の傾向
- 五 問題の整理と今後の課題

## 一 問題の所在

1 消費者問題は、現代社会の構造的<sup>(1)</sup>問題、すなわち、仕組みそのものから派生する問題である。消費者問題が、一時的かつ特殊な問題ではないとすると、問題解決には、具体的妥当性とともな普遍性が要求されるであろう。問題の普遍的解決の志向は、理論産出の条件である。とすれば、消費者問題は、どのような理論を産出してきたので

消費者法における「資産形成型取引」の法的課題（山口）

あろうか。理論の流れはふたつに分かれる。ひとつの流れは、消費者「保護」の立場をとるものであり、他のひとつは、消費者「権」の立場をとるものである。<sup>(3)</sup>

消費者「保護」論は、消費者を商品・サービスの提供を受取る者Ⅱ「法の客体」として限定的に理解する傾向がある。消費者立法や行政規制による消費者利益の確保は、消費者という特定の法主体に限って、例外的に認められる一種の特典と解される。<sup>(4)</sup> 法理論的には、市民法原理との連続性よりも、消費者問題の特殊性Ⅱ市民法原理との断絶性を重視するのである。保護立法や保護行政は、分野ごとの個別的・具体的解決をめざすこと<sup>(5)</sup>から即効性が期待できるという積極面をもつが、反面では体系的な内的関連性のない解決の堆積となりがちである。<sup>(6)</sup>

消費者「権」論は、消費者の現代社会でおかれている地位を前提に、「法の主体」として事業者に安全性や情報の開示などを要求し、権利・義務の関係において消費者問題を理解する傾向がある。消費者立法や行政規制は、単なる特典としてあるのではなく、権利の確保や侵害防止のためにあると解される。法理論的には、消費者に自己決定の契機が保障されているかどうかを問題とし、市民法原理との連続性、<sup>(7)</sup> 個々の規制の体系的な内的関連性を重視するのである。<sup>(8)</sup> したがって、消費者権を、民法に本来内在する市民の権利の復権ととらえ、これを民法理念の現代的発露と考えることにつながる。最近では、これを一層普遍化し、環境保護をも考慮して、よりよい生活条件を確保するための権利Ⅱ「生活権」として、統一的に問題をとらえていこうとする傾向が、とりわけ消費者運動の側面で見られるにいたっている。<sup>(9)</sup>

2 消費者「保護」論、消費者「権」論の立場の相違は、<sup>(10)</sup> 消費者概念の外延を検討する際にも明らかとなる。とくに、一九八〇年代以降激増してくる「資産形成」型の取引から生ずるトラブルの解決においてそうである。消費

者「保護」の立場からすれば、これらの取引では、欲に目がくらんでその結果損害を受けたのだから、消費者問題とは異質であり、被害者に保護を与えるかどうかは政策的に決定される問題であるに過ぎないという点が強調されやすいであろう。すなわち資産形成型の取引当事者は、投資者ないし投機者であり、消費者概念に含まれないのではないか、というのである。<sup>(11)</sup> しかしながら、問題の本質は、投資者にされた当事者に対して、自己決定の契機が失われた状態でなされた取引の結果を強制することが妥当であるか、の点におかれなければならないし、<sup>(12)</sup> この意味において、投資者が消費者概念の外延の広がりの中に吸収される必要があるのではないかと思われる。また、このことが「保護」ないし「政策」を理論的要請に転換する可能性を見出すことにもつながるであろう。

以上のコンテキストにおいて、こんにちの消費者取引紛争のなかでも、きわだって大規模・深刻な問題となっている、資産形成型取引、とくに先物取引の契約類型を法的に解明し、紛争解決の基準の検討を行ない、問題解決の指針を得ることが、本稿の課題である。従来、投機・投資に関する取引についての議論は、商法プロパーの問題とされてきており、民法・消費者法の側面からの検討は不十分であったが、消費者被害の現状からすると、以下にみるように、この間隙は問題である。本稿は、この間隙を埋めるための作業でもある。注意を要するのは、前に述べたように、資産形成型取引のような、新しい消費者取引に対する法的規制の根拠や解決の方向は、市民法原理・原則とは別個で独立したものと考えるべきか、あるいはそれに立脚して把握するのかという、根本問題を背景にもっているということである。

3 本稿では、新しい酒（問題）に新しい革袋を用意するのではなく、新しい酒に古い革袋がなじむのかどうかを探ろうというのである。立法論を展開するのではなく、現行法諸規定の射程を考察したいと考える。

本稿の構成はつぎのようである。

まず、資産形成取引の実態を検証し、規制の特徴を概観する（二）。つぎに、判例を素材として、どのように問題が解決されているかを検討する（三・四）。最後に、解決の基準と今後の課題を明示する（五）。

なお、資産形成取引を対象とする場合、証券取引法、商品取引所法を中心とする法的問題も検討されるべきであるが、本稿ではそれらを前提とするが直接には問題とせず、消費者問題としてより重要性をもつ、ブラック・マーケット、海外先物取引に関する判例を考察の対象とする。

（一）消費者問題について、約款の側面から検討を加えたことがある。山口康夫「約款と消費者「保護」——約款に対する立法・行政規制について——」旭川大学紀要二二号六一頁以下。また、同『訪問販売関係法の解説』（一九八九、一橋出版）、同『クレジット販売関係法の解説』（一九八九、一橋出版）など参照。

（二）経済企画庁消費者行政課編『消費者被害の救済』（一九七五、大蔵省印刷局）三五頁では、構造的被害として、被害の「発生が普遍化していること、一旦発生すると広範囲に問題が及ぶこと、被害を受けた消費者に対する事業者の責任が不明確となりやすいこと、事業者と消費者の間の力の隔絶が極度に進んでいる」という背景の下に被害が発生している」点を総称する用語として用いられている。

（三）多くの文献があるが、簡潔な整理をしているつぎの文献参照。三枝一雄「消費者保護と法律行為論」山本進一教授還暦記念『法律行為論の現代的課題』（一九八八、第一法規）二六四頁以下、とくに二九五～三〇一頁参照。ペーター・ギレス・栗田陸雄訳「ドイツ連邦共和国における現実的消費者保護立法と最近の消費者法上の論議」法学研究五四巻五号七三九頁、沢野直紀「消費者保護と市民法」西南学院法学論集二〇巻三・四号一〇一頁参照。

（四）原島重義「法と権利に関するひとつの試論」日本法哲学会編『権利論』（一九八四、有斐閣）二六頁以下参照。

（五）たとえば、クーリング・オフ制度の導入で、消費者保護のために「権利と民法の原則との関係などという問題を法制審議会で議論することになれば、結論が出るまでに何年もかかる」から、消費者保護の手段として割賦販売法の改正に入れてしま

う、ということになる(竹内昭夫『改正割賦販売法』(一九八五、商事法務研究会)八〇九頁)。

(6) 新しい現象に対する場合、従来の理論との整合性を考慮せず、もっぱら「便宜性」(原島・前掲稿第二六頁以下)を基盤とした実的判断が介在することにより、約款拘束力も判例により比較的容易に肯定されてきたものと思われる。この点につき、山口康夫「約款法理論の再検討―約款法理論生成期の判例・学説―」旭川大学紀要二四号一五一頁以下参照。

(7) クーリング・オフを素材として、この点を検討したことがある。山口康夫「クーリング・オフ権と契約法理論―消費者取引と消費者「保護」立法―」旭川大学地域研究所年報第一〇号一七頁以下。

(8) 川島武宜「民法の基本構造と基本原理」法学教室八号三九頁が指摘する、「民法の基本構造そのものは今日も存在しているのであり、むしろそのような基本構造の上で古典的市民法原理が問題となっている」との観点が重要となる。

(9) E・V・ヒッペル・好美清光||円谷峻訳『消費者の保護―各国の事例にみる現状と対策―』(一九八六、東洋経済新報社)四〇頁。

(10) 三枝一雄・前掲稿二九五―二九七頁参照。

(11) 資産形成型取引の被害者を、儲け話にうかつにのった者、欲に目がくらんだ者というようにみるか否かは、単に事実評価なしは価値判断の違いとして退けられる問題ではなく、むしろ前提となる事実認識の問題である。この点について、池本誠司「現物まがい商法」の実態と規制のあり方」ジュリスト八六一号四四頁以下参照。

(12) 龍田節「商品取引所の類似施設」商品先物市場一九八一年一月号一一頁では、「自分の利益は自分で守れ、欲に目が眩んだ者は裏目の結果も甘受せよ」と突放していることができるのは、対等な当事者の間においてである」と正当に指摘する。

(13) 多くの文献があるが、本稿に関連して、とくにつぎの文献参照。河本一郎「証券・商品取引の不当勧誘と不法行為責任」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』(一九八四、有斐閣)四八三頁以下。

## 二 「資産形成型取引」の実態と法制度

1 現代社会では、「不当」、「不実」な販売方法により消費者取引がなされる事例が増大している。契約内容や

消費者法における「資産形成型取引」の法的課題(山口)

取引の目的・態様自体に合理性が欠けていたり、業者が一般的に負うべき注意義務を意図的に回避したり、誤解させるような手段を用いて勧誘を行ない、消費者と契約をすることである。「欺瞞取引」・「詐欺的取引」・「悪質商法」・「悪徳商法」・「利殖勧誘商法」などと呼称される。「欺瞞取引」は、他の四者より広い概念として使用される場合があるが、いずれも不当・不実な取引を対象としている。

取引過程の悪性部分の観点から分類すると、販売方法・取引形態に問題があるものと、契約内容や取引の目的・態様自体に合理性がなく、契約自体に問題があるものとに分けることができる。「豊田商事事件」などは双方を備えた取引であり、悪性が高いと評価されるのである。<sup>(14)</sup>

不当・不実な取引は、契約内容から、①資産形成型（利殖商法）取引、②訪問販売などによる商品・役務型契約、③クレジット悪用型契約に分かれる。

資産形成型（取引）の概念は広く、預貯金などの金融商品から、商品先物取引のような投機性の強いものまで、多様なものを含んでいる。通常は、資産形成取引により高い運用益を期待できる、という事業者側の勧誘によって、消費者が個人資産を投入し被害を被るというものである。販売方法・取引形態、契約自体ともに問題がある場合、被害が増大する。商品先物取引、現物まがい取引、抵当証券取引、マルチ・マルチまがい商法、株関連取引、原野商法、会員権取引などが代表的なトラブル例である。<sup>(15)</sup>

つぎに、消費生活相談統計により、資産形成型取引の実態を確認しておきたい。

昭和五九年に国民生活センターのホスト・コンピューターと、都道府県・政令指定都市の消費者生活センター設置の端末機を結ぶ「消費生活相談ネットワーク」(PIO-NET)が発足しているが、この資料にもとづき整理をし

「悪質商法」年度別相談件数

年 度	昭 59	60	61	62	63
マルチ・マルチまがい取引	570	2,525	2,225	2,743	3,209
キャッチセールス	612	2,944	3,455	3,641	2,380
アポイントメントセールス	772	4,363	5,400	6,210	4,810
ホームパーティ	399	1,069	1,583	3,059	889
ネガティブ・オプション	306	747	1,856	2,239	2,606
開 運 商 法	306	1,209	2,542	3,576	1,316
士 商 法	205	924	2,524	2,752	2,142
原 野 商 法	41	239	235	218	266
か た り 商 法	213	559	1,164	1,208	1,308
見 本 工 事 商 法	100	228	655	967	691
安 全 で す 商 法	21	89	133	988	267
危 険 で す 商 法	29	83	150	104	45
S F 商 法	430	1,159	3,188	4,416	4,373
お 礼 商 法	28	74	160	203	214
名 義 貸 し	193	616	1,087	1,278	1,183
講 習 会 商 法	28	206	263	313	213
先 物 取 引	1,014	2,595	5,279	4,291	2,457
現 物 ま が い 取 引	1,151	6,124	3,099	154	56
内 職 ・ 副 業	890	1,100	1,568	1,740	2,062
抵 当 証 券	7	57	2,254	85	17
投 資 顧 問 業	16	88	227	185	69

消費者法における「資産形成型取引」の法的課題（山口）

ておく。<sup>(16)</sup> PIO-NETでは、「悪質商法」を二一種に分類・整理をしている。前記の①型態は、マルチ・マルチまがい取引、原野商法、先物取引、現物まがい取引、抵当証券、投資顧問業である。③型態は、名義貸しであり、その他は②型態に該当する。①型態で注目されるのは、マルチ・マルチまがい取引と先物取引の一貫した高水準である。現物まがい取引、抵当証券、投資顧問業などは、後述のように立法規制が加えられるにいたり件数は減少傾向にある。

## 2 つぎに、資産形成型取引に関する立法規制を概観する。<sup>(17)</sup>

マルチ商法は、「訪問販売等に関する法律」（昭和五一年六月四日公布）により、「連鎖販売取引」として規制されたが、昭和五八年頃から「マルチまがい取引」が問題となり、これに関連して、役務の提供にかかる取引、委託販売、紹介販売が規制の対象とされるにいたった（同改正法昭和六三年五月二日公布）。<sup>(18)</sup> 海外先物取引については、「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」（昭和五七年七月一六日公布）があり、現物まがい取引に対しては、「特定商品等の預託等取引契約に関する法律」（昭和六一年五月二三日公布）がある。<sup>(19)</sup> 同第一〇四国会で、投資顧問業に関する規制も立法化されている（「有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律」昭和六一年五月二七日公布）。<sup>(20)</sup> また、抵当証券による被害に対して、「抵当証券の規制等に関する法律」（昭和六二年一月一五日公布）が立法されている。<sup>(21)</sup> さらに、金融先物取引について「金融先物取引法」<sup>(22)</sup>（昭和六三年五月三一公布）が立法されている。

PIO-NET 分類による資産形成型取引は、以上述べたように、原野商法を除き立法規制が行なわれるにいたっている。立法以後に相談件数は減少しており、これらの関係は概して比例し、消費者問題に対する立法効果が明確



になっている、と一応いいうる。ただし、いずれの立法も悪質な商法が、内的・外的な要因によって終息してから、「事後的」に「業法」として規制されてきたことが特徴である。<sup>(26)</sup> このなかにあつて、海外先物取引規制法、訪問販売法による規制は、数字的には、消費者被害の防止にそれほどの効果をあげていないようにみえる。これはどのような理由によるのか。端的に言えば、法の適用除外となる逃げ道が多く残され、規制の実効性に問題がある、ということであろう。とくに、従来から批判のある「指定商品」制（「指定市場」制も含む）に問題があると思われる。指定制は、規制の対象枠を限定して行政規制の効率を求めるところに眼目があるが、悪質な業者は、指定されていない商品、市場であれば法規制がないのだ、という反対解釈の根拠としてこれを利用するのである。<sup>(27)</sup> この意味では、昭和六三年の証券取引法改正<sup>(27)</sup>および金融先物取引法による立法規制が、行為規制、開業規制とともに含み、さらに「指定制」をとっておらず、注目される。

3 諸立法はいずれも行政取締規定であり、行政規制、刑事上の処罰規定が中心である。行政取締法規違反の処罰<sup>(28)</sup>については、訪問販売法二二、二四条、海外先物取引規制法一七、二〇条、特定商品等の預託等取引契約に関する法律一四、一七条、投資顧問業法五四、六一條、抵当証券法四八、五五條、金融先物取引法九四、一〇五條が規定する（なお、割賦取売法四九、五五條、証券取引法一九七條以下）。しかし、行政取締法規違反に対する罰則は、刑法上の詐欺罪などと比べて法定刑も軽く、違反に対する捜査は、実務的には形式犯として詐欺罪などにいたる手段のひとつとして考えられている。<sup>(29)</sup> また、刑事規制の特質は謙抑性・補充性・断片性にあるといわれ、<sup>(30)</sup> 民事法が第一次規範であるとされる。<sup>(31)</sup> これらを考慮すると、刑法上の詐欺罪<sup>(31)</sup>などに、消費者被害の未然防止の効果は期待できないであろう。<sup>(32)</sup>

行政規制は、監督官庁による立入検査や業務改善命令、登録取消しなどが中心である。訪問販売法は、主務大臣の立入検査権（一七条）、海外先物取引規制法は、主務大臣の業務停止命令（二一条）、報告および立入検査（二二条）を認める。特定商品等の預託等取引契約に関する法律も、主務大臣の業務停止命令（七条）、立入検査（二〇条）を認める。投資顧問業法三六〇四一条、抵当証券法三四〇三七条も同旨であり、また、両法とも登録取消しを認める。金融先物取引法は、立入検査（七七条）、業務改善命令（七八条）、許可取消し（七九条）を規定する（なお、割賦販売法は、登録の拒否（三三条の二）、取消し（三四条の二）、立入検査（四四条）を規定し、証券取引法は、大蔵大臣の経営保全命令、業務停止命令（五四条）、検査権（五五条）などを認める）。しかしながら、以上のような命令による規制が発動されることはほとんどなく、規制の実効性には問題がある。<sup>(33)</sup>

#### 4 海外先物取引規制法の運用と被害予防の実態は、つぎのようである。

同法の主務省は通産省・農水省であるが、同法一一条の業務停止命令の実施状況は、昭和五八年に四社、昭和六二年に三社について行なわれたのみである（業務停止二週間から三月）。同法制定にもかかわらず、被害相談件数が増加し、同期間に詐欺および同法違反などによる刑事摘発数が四三社であったことを考慮すると、運用の実態には問題がある。<sup>(34)</sup> 理由はいくつか挙げられるが、ほぼつぎの三点に集約できるであろう。第一に、同法は業者登録制をとらなかったため、主務省で実態を把握できないこと、第二に、主務省の被害情報収集体制が不十分であること、第三に、法令上の権限発動手続きが未整備であることなどである。<sup>(35)</sup>

被害予防の観点からは、市場・商品の指定制をとっている関係から、政令によりどの程度追加指定を行なっているかは、同法の機能を計るうえで興味深いものがある。同法制定の翌年一二月には、はやくも六市場八品目が追加

指定され、その後も昭和六一年四月に四市場四品目、昭和六一年一二月に二市場二品目、昭和六三年一〇月に五市場五品目が指定されている。<sup>(38)</sup> これらのことから、指定制をとると、指定外の市場・商品に被害が広がり、規制が後追的となり、被害予防のためにはむしろ問題のある制度であることが分かる。消費者「権」論からすれば、商品が指定されているかどうかに関係なく、不当・不実な取引から被害の防止・救済を図ることは、基本的要請となる。

結局、不当・不実な取引から生ずる被害の救済は、民事的対応が中心となる。つぎに、海外先物取引規制法を素材として、民事的対応の軸となる判例理論を検討し、問題点に考察を加える。

(14) 村千鶴子「悪徳商法詐欺事件における被害者民事救済の現状」法律のひろば四二巻七号五七頁。

(15) 羽田満雄「苦情相談にみる悪徳商法の実態」国民生活一五巻八号一一頁以下。法学セミナー一九八七年一月号の特集「ケース・スタディ 悪徳商法」(二九頁以下)の事例分類では、現物まがい商法、マルチまがい商法、靈感商法、抱合せ商法、会員権商法、原野商法、利殖勧誘商法、内職商法、土商法、キャッチセールス・アポイントメントセールスとなっている。

(16) 国民生活センター情報管理部「悪質商法に関する相談の傾向」国民生活センター編『消費生活年報・一九八九』(一九八九、国民生活センター)八〇～八六頁。

(17) 浅井岩根「欺瞞取引被害の救済と予防の限界―法律官による民事的予防制度の必要性」自由と正義四〇巻四号五一～五五頁、丸木強「悪徳商法と消費者保護行政」法律のひろば四二巻七号四三頁以下など参照。

(18) 山口・前掲書『訪問販売関係法の解説』五頁以下参照。

(19) 竹内昭夫「現物まがい取引の法規則」ジュリスト八六一号三六頁以下、井上淳「現物まがい取引に対する法的対策について―特定商品等の預託等取引契約に関する法律―」ジュリスト八六五号七〇頁。

(20) 松本崇「証券投資家被害の防止―有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律―」ジュリスト八六五号六一頁。

(21) 小幡・杉井・竹内・田中・星野・米川「抵当証券をめぐって」ジュリスト八八〇号六頁参照。

(22) 神崎克郎「証券取引法の改正及び金融先物取引法の制定」ジュリスト九一六号四二頁。

(23) 投資者保護に関する規制が整備されている法規の典型は、証券取引法である。しかし、同法の適用範囲は限定され、投資一般に規制が及ぶわけではない。同法が投資一般を対象として、開示規定、詐欺的行為の禁止規定が適用となれば、マルチ取引、ねずみ講、現物まがい取引の規制でも、新立法の必要性はなかったといわれる（竹内昭夫「証券取引法上の有価証券」河本一郎先生還暦記念『証券取引法大系』（一九八六、商事法務研究会）二二頁以下参照）。なお、今国会（一九九〇年）に商品取引所法の改正案が提出されている。改正案では、目的に消費者保護を追加し、私設市場の取引をほぼ全面的に禁止するとしている。しかし、海外先物取引規制法八条のような、クーリング・オフ規定を欠くなど問題を残している（ただし、海外先物取引規制法八条そのものも、当初の法案ではなく、国会審議のなかで追加されたものである）。

(24) 土地は、訪問販売法・割賦販売法の指定商品ではなく、両法の適用はない。しかし、一定の要件を備えている（宅建業の免許を受けた業者が売主であり、事務所以外の場所での申込または契約がなされ、クーリング・オフ期間内で、かつ建物や土地の引渡しや代金の支払いが完了していないこと）場合には、宅地建物取引業法の適用があり、クーリング・オフが可能である（同法三七条の二）。

(25) たとえば、マルチ商法と訪問販売法、豊田商事と現物まがい商法規制法、投資ジャーナルと投資顧問業法などである（浅井・前掲稿五一～五五頁、丸木・前掲稿四三頁以下など参照）。

(26) たとえば、「特定商品等の預託等取引契約に関する法律」は指定商品制をとるが、法施行後まもなく指定商品・指定施設利用権ではない、英会話教室会員権預託取引契約により広範な消費者被害がでており、指定制の実効性は疑わしいと思われる。悪質業者ほど法の適用から逃避するため、指定されていない商品や役務に転換することは明白であり、問題がある。訪問販売法に関して、高見沢昭司「訪販法改正の動向と問題点―日弁連シンポジウムの紹介を中心に―」ジュリスト九〇七号七一～七六頁参照。

(27) 証券取引法と消費者保護の関係について、岸田雅雄「証券取引法と消費者保護」民商法雑誌九〇巻二号一五頁以下、森田章「投資者保護の基本法」民商法雑誌九四巻一号三一頁以下など参照。また、上村達男「投資者保護概念の再検討―自己責任原則の成立根拠―」専修法学論集四二号二頁以下参照。

(28) 芝原邦爾「悪質取引と行政取締法規違反の処罰」法時五八巻九号六〇頁以下、藤木英雄『行政刑法』（一九七六）二七〇頁

以下、川合昌幸「消費者保護」ジュリスト八五二号三八頁以下。なお、証券取引に関し、鶴田六郎「証券取引をめぐる刑事判例の動向」ジュリスト九二〇号一五頁以下など参照。

(29) 芝原・前掲稿六三頁。

(30) 平野竜一『刑法総論1』(一九七二、有斐閣)四七頁。

(31) 木村光江「悪徳商法と詐欺罪の成否」法律のひろば四二巻七号三五頁以下。

(32) これらの問題につき、長井圓「訪問販売における消費者の保護と刑事規制の限界」(1)・(2)・(3)「NBL三〇五号六頁以下、同三一二号二〇頁以下、同三一八号三九頁以下参照。なお、清島伝生「商品取引をめぐる犯罪の動向」警察学論集三五巻一二号二二頁、川合昌幸「商品先物取引をめぐる詐欺事犯について」警察学論集三八巻一号五一頁、神山敏雄「先物取引と刑事責任・上・下」ジュリスト八四七号六〇頁以下、八四九号五三頁以下など参照。

(33) 名古屋弁護士会編著『アメリカにおける欺瞞取引の調査・研究』(一九八九、全国弁護士協同組合連合会)五八頁。

(34) 池本誠司「これからの地方消費者行政」自由と正義四〇巻四号四五頁以下参照。昭和六三年の訪問販売法改正では、業者に対する指示、業務停止命令、報告徴収、立入調査等の行政権限がほぼ全面的に地方自治体に委任されており(同法二一条の二)、その実効性が注目される。

(35) 浅井・前掲稿五九〜六〇頁。

(36) 池本・前掲(註34)稿四六頁参照。

### 三 先物取引に関する判例

1 商品先物取引は、法規制から分類すると、つぎのような状況にある。

① 「商品取引所法」の適用を受ける、国内公設市場での指定商品についての先物取引

② 同法の適用を受けない、国内の私設市場、または指定商品以外の先物取引

消費者法における「資産形成型取引」の法的課題(山口)

③ 「海外先物取引法」の適用をうける、海外の指定市場における指定商品についての先物取引

④ 同法の適用を受けない海外の指定市場、または指定商品以外の先物取引

要するに、取引市場には、国内「公設市場」と「私設市場」、および、海外「指定市場」、「非指定市場」がある。取引商品は「指定制」がとられている結果、指定商品、指定外商品に分かれる。公設市場は、商品取引法の適用があり、同法により主務大臣の許可を得て設立されるが、私設市場は、同法に基づかない市場で、指定商品以外の商品を選んで取引を行なっている。海外先物取引では、海外先物取引規制法による指定市場、指定商品の契約および取引受託と、それ以外のものが存在する。先物取引は、以上のように市場、商品により規制内容・方法などが著しく異なっていることが特徴であり、これが難解な取引となる原因のひとつである。

海外先物取引規制法の立法経緯<sup>(97)</sup>は、概してつぎのようである。海外商品取引所は、従来いわゆる当業者がリスク・ヘッジのために利用する場合に限定されていたところ、<sup>(98)</sup>金の輸入自由化（一九七三年）、金の輸出自由化（一九七八年）などを経て、一九八〇年の外国為替管理法の大改正により、商品先物取引のための海外送受金が原則自由になったこと、香港商品取引所で金・大豆が上場されたこと（一九七九年・大豆、一九八〇年・金）などにより、海外商品取引市場での売買取引事例が拡大し増大してきた。とくに、一九八一年、金が商品取引所法による政令指定商品とされて規制対象となつてから以降、業者が金のブラックマーケットから海外商品取引に移行し、トラブルが増加してきたのである。「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」（一九八二年七月一六日公布、翌年一月一五日起施行）は、このような状況で立法化されるにいたつた。<sup>(99)</sup>同法は、契約に際しての各種書面の交付、不当な行為の禁止、クーリング・オフなどの規定をおくが、政令で指定する海外市場及び商品についてのみ適

用されることになっている（「指定制」）。

2 沿革的・実態的に理由のあることであるが、国内私設市場と海外先物取引市場をめぐる消費者トラブルは同質性をもっている。判例も、ほぼ同質の市場ととらえているようである。したがって、海外先物取引に関する判例を検討するための前提として、つぎに国内私設市場による先物取引に関する判例を必要な範囲で概観する必要があるであろう。

国内の私設先物市場における、取引の委託契約をめぐる判例は多数あるが、判決の根拠は主として、不法行為、公序良俗違反、契約の成立如何におかれている。

以下では、まず、私設の金先物市場に関する判例を検討する。

①大阪地判昭和五八年二月二八日（判タ四九四号一一六頁）、②福岡地判昭和五八年四月二六日（判時一〇八八号一三七頁）、③神戸地判昭和五八年五月一三日（判時一〇九七号一一五頁）、④大阪高判昭和五八年一〇月一四日（判タ五一五号一五八頁）、⑤大阪地判昭和五九年四月二四日（判時一一三五号一三三頁）、⑥札幌地判昭和五九年五月二四日（判時一一三七号一三四頁）、⑦大阪地判昭和五九年六月二二日（判時一一四〇号九五頁）、⑧大阪地判昭和六〇年三月一八日（判時一一六三号八九頁）<sup>(42)</sup>などは、いずれも、不当な勧誘を理由に不法行為責任を肯定する。不当性は、勧誘から取引開始までだけでなく、取引開始—継続—終了の一連の行為につき肯定されている。

①・④・⑤・⑥・⑧は、代表取締役ないし取締役の不法行為責任、②・③では会社の使用者責任、①・④・⑤・⑥は従業員の不法行為責任を肯定する。⑧では、私設市場の運営会社およびその代表取締役の不法行為責任が認められている。<sup>(43)</sup>

商取法八条、不当勧誘などを根拠として、公序良俗違反により受託契約を無効とする判例もある。⑨大津地彦根支判昭和五六年一〇月三〇日（判時一〇四六号一一〇頁）<sup>(44)</sup>、⑩大阪地判昭和五八年三月一四日（判タ四九四号一一六頁）、⑪大阪高判昭和五八年一〇月一四日（判タ五一五号一五八頁）、⑫判決の控訴審、⑬最判昭和六一年五月二九日（判時一一九六号一〇二頁）<sup>(45)</sup>などである。

また、⑬東京地判昭和五七年五月一九日（判タ四七六号一一四頁）、⑭東京高判昭和五八年五月一八日（判時一〇八一号一三五頁）、⑮判決の控訴審）は、金取引市場の設立あるいは金地金注文約定書の存在は一般に知られておらず、認可にかかるものではないから、注文書（＝普通契約約款）により取引する合意がなかった、と認定している。<sup>(46)</sup>ところで、国内私設市場については、商品取引所法八条一項が、何人も先物取引をする商品市場に類似する施設を開設してはならないと定め、同条二項は、何人も前項の施設において売買してはならないとしていることから、本条で禁止する商品市場類似施設にあたるかどうか、問題となっていた。同法立法以来、指定商品に限らずすべての商品について同条による規制がなされるという、政府見解も含む通説的見解に対して、昭和五五年に政府はそれまでの解釈を変更し、同条は指定商品以外の商品にかかる先物市場の開設を妨げないとするにいたった。<sup>(47)</sup>この点に關し、学説・判例は反対をしている。たとえば、⑨判決はつぎのように指摘する。

先物取引は射倖契約的構造をもち、これが組織的、継続的に行なわれれば、過当な投機や不健全な取引が生じる危険性が大きく、とくに商品先物取引の仕組や相場に無知な大衆が取引に顧客として参加する場合、その無知に乗じてその利益を無視した勧誘や取引が行なわれるおそれがあり、その結果投機に適さない薄資大衆を過当投機に巻きこんで破滅的な損害を与えるなどの社会的混乱も招きかねないから、法の後見的規制が必要である。ところが、



その制度としては現在、商品取引所法しか存在しないのであるから、指定商品に限らず、あらゆる商品の組織的継続的取引が同法八条の規制下にあるとする立法以来の通説的解釈に妥当性を認めざるをえない。

ただし、②判決のように、金の売買・先物取引は、商品取引所法による指定を受けておらず、同法の規制対象外であるとするものがある。<sup>(48)</sup>

①判決は、私設市場での先物取引は、当該私設市場における取引の実態では、一般に呑み行為や相対取引・談合や価格操作がなされると認定したうえで、これらの市場は「単に非公認市場におけるものであるということにとどまらず、組織的・機構的にみても大衆顧客に不測の損害を生ぜしめる危険度」が高く、顧客の保護が必要であるとしている。

### 3 つぎに、海外先物取引に関する判例を検討する。

a 香港市場における金の先物取引の事案で、原告は約一年前から株式の現物取引の経験はあったが、信用取引をしたことはなく、商品取引の仕組みなどについては無知であったところ、業者は、金の価格が騰貴するとの断定的判断を提供したほか、手数料は不要であるとか相場操縦の方法を説明するなどして利益を保障すると勧誘をし、顧客の射倖心を煽り、過当投機に引き込んでいたこと、また、その後解約の意向を示されたのに、解約すればいままで支払った金員の返還を受けられず、さらに追加金の支払いが必要であるとして、原告を困惑に陥れ、冷静な判断を著しく阻害した状況で取引を行なったことが認定され、結局、判決は、当該取引は、商品取引所法を回避する脱法行為であり、内容からしても社会的にみて許容されない違法性を有し、不法行為を構成するとして、被告会社、代表取締役、営業部次長、営業課長、営業部主任等の責任を肯定している（大阪地判昭和五八年三月一四日判

夕四九四号一二二頁）。

b おなじく海外先物取引規制法施行前の事案であるが、香港市場における金地金の先物取引で、業者が、勧誘時に「現物繰り延べ取引」であると説明しているが、このような取引は香港金銀業貿易場において成立することが疑わしく、また、知識・経験のない原告に対して、金の価格が必ず騰貴するとの断定的判断を提供し、受渡代金の説明が一切なされないまま、過当な投機に引き込んでいること、原告から新たな注文が受けられないとなるや差金決済を行ない、損金が出たとして受領代金の返還を拒否していることなどの点から違法性が認定され、受託会社（使用者責任）およびその代表者（共同加功者）に、公序良俗違反による不法行為責任を肯定する判決がある（大阪地判昭和五九年一月三〇日判時一一二一号六二頁）。

c 香港市場における金地金の先物取引で、先物取引について経験、知識を有しない原告に、昭和五八年三月三日勧誘をし、同日買付け指示を受けたが、その際、利殖面での有利さを強調し、先物取引の具体的内容や仕組みの説明をしなかったところ、原告はその後契約書に署名捺印し、同月八日には委託証拠金を支払ったという事案がある。判決は、右の取引は、海外先物取引規制法八条一項に違反する行為であり、同条違反の受託契約は無効と解すべきであるとして、原告の請求を認容している（大阪地判昭五九年七月二六日判時一一三四号一四二頁<sup>49</sup>）。

d 香港市場における金地金の先物取引で、先物取引について知識を有しない原告に、十分な説明をせず、迷惑をかけないと告げ、金の現物の売買であるかのように誤信させ、取引が安全であるなどとして買増しを決意させ、また、念書を徴するなどして強引に取引を維持させようとした事案について、右のような行為は、社会的に許容されない違法なものであり、しかもこれらの行為は被告会社の営業方針として、会社ぐるみで行なっていたも

のであるとし、売買仲介業者、その役員、従業員の共同不法行為責任が成立するとした判決がある（大阪地判昭六〇年二月二二日判時一一六三号八九頁）。

e 砂糖の海外商品先物取引について、知識・経験のない原告に対して、先物取引の基本的仕組みなどの説明もせず、取引の役機性・危険性を伏せ、有利性・確実性を吹聴し勧誘行為を行なったという事案で、このような勧誘行為自体、公序良俗に反し、詐欺にも該当する違法なものであり、さらに、海外先物取引規制法八条一項本文、一〇条一号、二号に違反する違法なものであるとし、しかも取引の経緯、形態などからすれば被告会社の営業方針として会社ぐるみでこれを行なっており、会社・会社役員および担当従業員らの共同不法行為責任は避けられない、とする判決がある（大阪地判昭六〇年四月九日判タ五六〇号一七七頁）。

f 香港市場での金地金の先物取引で、業者は、取次ぎをすると虚偽の説明をして顧客を欺き、金の先物取引の委託を受けて予約金を預かりながら、委託を実効せず、「のみ行為」をしていた。このため会社と顧客の実質的關係は、金相場の変動によって一方が利益を得れば、他方が損失を被るという投機性、賭博性の強い性質を帯び、この結果金価格の異常な高騰により会社が倒産した場合、会社の取締役は商法二六六条ノ三の責任を認めた判決がある（静岡地判昭六〇年一〇月二五日判時一一八一号一五三頁<sup>50</sup>）。

g アメリカの商品取引所の株価指数による金融先物取引の事案で、このような取引は抽象的な存在を対象とする先物取引であり、わが国ではその知識は一般的になっておらず、危険性の高い取引である。そのため、投機家として参加する者は、相当の適格性（自らの責任で相場の価格変動の危険を負担することに耐えうる資力と相場変動要因の的確な分析力を備える者）を有するものでなければならない。しかし、このような適格性に欠ける原告に対

しては、取引に参加させないように配慮する義務があるのにもかかわらず、取引の仕組みや危険性を十分に説明せず、また、利益を生ずることが確実であると誤解させるような断定的判断を提供し、取引に引き込んでいた。これらは違法な勧誘行為にあたり、また、原告からの解約申し入れに対し、執拗に解約の翻意と契約の履行を求めた業者の行為は不法行為を構成するとし、被告らに共同不法行為責任を認めた判決がある（大阪地判昭六二年八月七日判時一二五四号九五頁<sup>(61)</sup>）。

h 海外先物取引規制法八条一項に違反して委託契約を行なっても無効であり、これは委託契約により顧客が益勘定となった場合であっても異ならぬとする事例がある。事案は、Aは、昭和五九年四月四日、商品先物取引等を行なう会社との間で海外先物契約を締結し、同日同会社に委託して、ニューヨーク・コーヒーの買付けを行ない、一〇日には委託証拠金一〇〇万円を預託した。ついで五月一七日手仕舞を委託し差益を得て、その後、第二回の買付け、売付けを委託しその手仕舞により差益を得たところ、Aがこの双方の差益金と委託証拠金の支払いを求めた、というものである。判決は、第一回の差益は、同法八条一項に反する行為であり、これを無効とし、第二回目の差益と委託証拠金の支払いを認容している（浦和地判昭和六三年六月二九日判時一三〇六号八九頁<sup>(62)</sup>）。

(37) 細川政彦「一般委託者の保護を計るため、海外商品市場における先物取引の受託等の規制を行う・海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」時の法令一一七四号五頁（なお、同「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律について」『商品取引所論大系4』（一九八四、全国商品取引所連合会）二〇五頁以下）。

(38) 商品先物取引は、当業者のヘッジングにあったが、今や総取引代金の一〇分の一程度の証拠金で一〇倍の思惑取引ができ、一割程度の価格変動により委託証拠金が増えたりゼロになったりするような、リスクの大きい賭博類の行為となっている（木原大輔『商品先物取引の基礎知識』（一九八〇）三九頁参照）。

(39) 細川・前掲稿一五頁以下が詳細な内容紹介をしている。

(40) 松永栄治「起訴事例に見る悪徳商法詐欺事犯の実態とその系譜」法律のひろば四二巻七号一一頁によれば、海外先物取引の「起訴事例二二件のうち、公刊資料の存在する二一会社の代表取締役又は責任者の経歴を見ると、国内先物取引の経験を持つ者が一九名もいる。このうち一〇名は国内先物取引業界から金のブラックマーケット業界に入って、その後海外先物取引業界に転じた者で、八名は国内先物取引から直接海外先物取引へ変わった者、一名は国内先物取引からペーパー商法を経験した後に海外先物業界へ入った者」であるとされ、実態的に同質性がある。沿革法には本文でみたように、連続的であり同質である。なお、金先物取引被害問題研究会・商品取引被害をなくす会「金・海外商品取引被害の実情と問題点」法時五五巻二七号七頁参照。

(41) 山下友信「外務員の不当な投資勧誘とその使用者の責任―私設市場における金地金の先物取引の場合」ジュリスト八八〇号一四一頁以下。

(42) ⑥・⑦・⑧判決につき、堀口亘「判例批評」判例評論三一七号六一頁。

(43) 山下・前掲稿一四三頁。

(44) 石黒一憲「私設の商品取引市場における金の先物取引と公序良俗」ジュリスト八二三号一〇五頁以下。

(45) 黒沼悦朗「非公認市場における金地金の先物取引と公序良俗」竹内昭夫編『新証券・商品取引判例百選』（一九八八、有斐閣）八八頁。

(46) 金以外の私設市場に関するものとして、プラチナ・パラジウムの先物取引事案である、名古屋地判昭和六〇年四月二六日（判時一一六三号八九頁）、パラジウムの先物取引事案である、秋田地大館支判昭和六一年二月二七日（判タ六一七号一〇一頁）がある。

(47) 従来の下級審は、委託契約の効力や業者の不法行為責任が争われた事例で、商品取引所法八条は、あらゆる商品に適用があるとしていた。本文引用①⑨判決の論旨が通常である。学説でも同旨であった（竹田省「取引所の定期取引に類似する取引」法学論叢一卷五号一二七頁、今野勉「取引所類似施設について」大隅健一郎先生古稀記念『企業法の研究』（一九七七、有斐閣）五四七頁、龍田節「商品取引所法逐条解説（八）」商品先物市場三巻一二号一三頁など）。政府見解はかつて通説と同様の

立場にあったが（昭和二六年二月七日法制局意見）、昭和五五年に八条は、指定商品以外の商品にかかる先物市場の開設を妨げない、とした（昭和五五年四月二三日法制局意見）。これ以後の諸判決（⑨判決等）は依然として、従来の見解を維持し、学説も同様である（石田喜久夫「金先物取引の法的問題点」法時五五卷二六八頁、石黒・前掲稿一〇五頁など。新解釈をとるものとして、田勢修也「商品取引所法八条をめぐる問題点について」『商品取引所体系3』（一九八三、全国商品取引所連合会）一四五・一四六頁、小山良「商品取引所法第八条と行政の姿勢—商品先物取引の健全育成のために—」商品先物市場七巻八号三頁など）。

（48）本判決では、原告が被告に本件取引の委託をした当時、金の売買やその先物取引は、商品取引所法による指定商品ではなく、その意味では、同法による規制の対象外であったと認められる、とする。しかし、結論としては、商品取引について全く無知な者に対する金の先物取引の不当な勧誘行為等が不法行為を構成するものとしている。

（49）神田秀樹「海外商品先物法八条に違反する金の先物取引の受託」ジュリスト九二七号一〇二頁以下、堀口亘「判例評釈」金商七一五号四六頁以下参照。

（50）山下友信「海外金融先物取引の違法な勧誘」竹内昭夫編『新証券・商品取引所判例百選』（一九八八、有斐閣）一一四頁。

（51）国井和郎「民法判例レビュー21」判タ六六七号五七頁以下。

（52）長尾治助「海外先物取引受託法八条違反の差益取引行為の効力」判例評論三六八号二八頁。

#### 四 海外先物取引判例の傾向

1 消費者取引において、契約上のトラブルが発生した場合に、通常主張される法律構成としては、つぎのようなものがあるであろう。すなわち、錯誤、詐欺・強迫、公序良俗違反、信義則違反、債務不履行、瑕疵担保、不法行為などである。このうち、資産形成型取引では、詐欺による取消し、公序良俗違反による無効、不法行為による損害賠償が問題となる。従来の諸判決でも、契約成立自体を否定するものがあるほか、ほぼ右三者による法律構成

がとられている。<sup>(53)</sup> このうち、不法行為によるほかは、契約の効果を争い、事業者に対して不当利得の返還を求めるものである。

国内私設先物市場、海外先物取引に関する判例を概観すれば、右の法律構成のうち、公序良俗違反と不法行為責任を追及するものに二分されているのが分かる。しかも、年代的にみれば、後になるほど不法行為を理由とするものが増大し、現在ではほとんどこの傾向が定着したといつてよい状況にある。

資産形成型取引による紛争は、被害金をいかに取り戻すかが、実質的な被害救済の課題である。このため、契約的構成をとった場合、会社が事実上倒産し支払能力を喪失してしまったとすれば、たとえ勝訴判決を得たとしても被害金の取り戻しには失敗する。<sup>(54)</sup> とりわけ、資産形成型取引では、このような危険性があるであろう。これを回避するため、不法行為を理由として、代表者や従業員の個人責任を追及し、実質的に被害金回収を図ろうとするのである。<sup>(55)</sup> すなわち、このことは訴訟技術上の問題であると同時に、契約的構成が現代の法需要に十分対応できないことも示していると考えられる。また、海外先物取引規制法八条規定の熟慮期間（クーリング・オフ）による契約解消も、会社倒産などの場合における被害金の取り戻しには十分機能するとはいえない。このため、e判決のような論理構成をとる必要があることになる。

2 判例は、不法行為的構成をとり損害賠償を肯定するに際して、つぎの要素を重視していることが明らかである。<sup>(56)</sup>

- ① 当事者（消費者）の経験・能力・資力等
- ② 取引の目的ないしは契約内容の達成可能性

③ 勧誘行為（販売方法）・取引形態の違法性、および組織的・集团的行為性

(1) ①について。海外先物取引に関する裁判例 a・b・c・d・e・g は、いずれもこれを認定している（ただし、f 判決は「吞み行為」を認定し、悪質な取引であることを前提とするから、当事者の経験等を強いて問題とする必要がなかったものと考えられ、h 判決は直接に法違反から論をすすめ、直接これに言及しない）。右の諸判決は、取引当事者の経験・能力・資力等を問題にするが、これは結果として inequality of bargaining power（取引力不均衡）の観点を論理構成に導入することにつながり、消費者法の理論傾向に適合してきているといえる。<sup>(67)</sup>「結果として」という意味は、すなわち、資産形成型取引の諸判決は、いずれも証券取引法上の「適合性法則」<sup>(68)</sup>を前提としてと思われるのであって、その結果として bargaining power の問題につながる、ということである。適合性法則とは、証券会社から証券取引の投資勧誘を受ける投資者は、証券会社の証券取引についての職業的専門家である地位・立場を考え、勧誘を受ける取引が自己の投資意向、財産状態および投資経験等に適合したものと考えがちであり、このため投資勧誘が妥当なものであるためには、それが投資者の投資意向、財産状態および投資経験等に適合していることが必要である、とするルールである。<sup>(69)</sup>

適合性法則を資産形成型取引に転用すれば、有用な基準設定になりうると考えられる。たとえば、過大な金額の取引および過大な頻度の取引の判断基準として、投資者の資金の性質等とともに、勧誘が投資者の利益と比較して業者側の手数料収入の獲得が大きな動機となっているか否かにより決定される、と指摘されるが、<sup>(60)</sup>これなどは資産形成型取引でまさに問題となることである。g 判決では、投機家として参加する者は、相当の適格性を有するものでなければならぬとして、右の趣旨をのべている。すでに、貸金業の規制等に関する法律が「貸金業者は、資金



需要者である顧客、又は保証人となろうとする者の資力又は信用、借入れの状況、返済計画等について調査し、その者の返済能力を超えると認められる貸付けの契約を締結してはならない」(二三条)として参考になる。<sup>(81)</sup>

(2) ②について。aからgの諸判決が論ずる。b判決では、契約内容である「現物繰り延べ取引」は香港金銀貿易場において成立することが疑わしいとし、d判決は、金の現物売買のように誤信させ、f判決は、契約目的自体が「呑み行為」により、約定結果の達成が不可能であるとする。

取引の目的、契約内容の達成不可能を認定する基準は、商品の内容、資産状況、資金の流れ、営業活動の形態・方法などの諸事情により客観的に、欺瞞性・詐欺性が判断される。とくに先物取引では、市場に対する評価が判決の前提となっているようである。市場自体が信頼できれば、あとは「神のみえざる手」に委ねるべきであり、そこから生ずるリスクは顧客が負担すべきことになる。反対に、市場自体に問題があれば、そこは「人のみえる手」により操作される危険性が高く、ここではリスクを顧客に負担させることはできないであろう。私設市場における取引の委託では、相場の形成自体が恣意的であるとともに、業者が委託を適正に実行しているかどうか、怪しいという事情が一般的に認められる。<sup>(82)</sup> また、海外先物取引は、f判決がいうように、「時々刻々変わる海外相場を確認することが難しいこと、為替相場の変動も考慮に入れなければならないことから、その危険性は図り知れない」のであり、いっそう達成可能かどうかの判断が厳格になるであろう。

(3) ③について。aからgの裁判例が、判決の根拠としている。そこでは、第一に、重要事項の不告知や利益誘導的勧誘が問題とされる(b判決は、この両者の違反が公序良俗に反し、不法行為を構成するとしている。その他の判決も同様である)。第二に、不当・不実な勧誘が組織的・集団的に行なわれていることを問題とする(共同

不法行為の認定）。要するに、真実を秘匿し、これに反する説明をすとか、勧誘行為が社会通念に照らして、悪質、不当、執拗なものであり、これが組織的・集团的に行なわれているなどの場合である。具体的には、当該取引に関する取締法規の禁止行為等の規定が、違法性判断の基準として有用となる<sup>(63)</sup>。

訪問販売法は、「判断に影響を及ぼすこととなる重要なものにつき、不実のことを告げる行為をしてはならない」、「人を威迫して困惑させてはならない」とする（五条の二）。海外先物取引法も、重要な事実につき「故意に事実を告げず、又は不実のことを告げる行為をしてはならない」（九条）とし、その他利益誘導的勧誘も不当行為として禁止される（一〇条）。<sup>(64)</sup> 抵当証券法でも、「偽計を用い、又は暴行若しくは脅迫をすること」が禁止される（一九条）。投資顧問業法は、<sup>(65)</sup> 抵当証券法一九条と同旨を二二条一項で定めるほか、自己または第三者の利益を図る目的で「正当な根拠を有しない助言を行うこと」（二二条二項）が禁止される。特定商品等の預託等取引契約に関する法律も、不実・不当な行為が禁止される（四、五条）。

これらはいずれも、消費者（顧客）の心理状態を問題とせず、客観的に不実なことを告げる行為などを問題とする。このような規定は、違法性判断の十分な理由・基準となるであろう。<sup>(66)</sup> 商品取引所法九四条に関する判決（最判昭和四九年七月一九日判時七五五号五八頁）では、「商品取引員が同法九四条一項一号に違反して不当な委託勧誘をなし、それによって顧客との間取引委託契約が行われた場合であっても、右契約が商品取引に経験のある顧客の自由な判断ないし意思決定のもとに行われたときは、なんら公序良俗に反するところはなく、契約の効力に影響はないものというべきである」とし、<sup>(67)</sup> 反面解釈にはなるが、商品取引に経験のない顧客に対して、取締規定で禁止している勧誘行為がなされ、これにより契約をした場合は無効であるとの、有力な示唆を読みとることができる。<sup>(68)</sup>

かも、本稿で問題とするような取引では、これが集团的・組織的に行なわれるのであるから、違法性の認定は比較的容易となるであろう。

なお、e・h判決のように、海外先物取引規制法八条違反により、判断を示すものがある。八条は、クーリング・オフの規定であり、他の取締法規を適用する場合にくらべて比較的容易であることに起因する。e判決は、同条および一〇条違反をひとつの根拠として不法行為を肯定する。

3 最後に問題となるのは、受託契約を有効としつつ、不法行為責任を承認することの論理である。すなわち、判例は先物取引において顧客の意思に詐欺・錯誤を認定することは、要件充足の上から困難な場合が多いことから、一応、私法的効力を否定せず不法行為の成立を認めて、被害者の救済を図るのである（不法行為的処理）。不法行為的処理は、前記①・②・③の要素を相関的・総合的に判断し、とくに取締規定に違反する不当・不実な勧誘行為に不法行為の成立につながる違法性を認めており注目される。結局、①の大きな格差があるという状況で、契約成立時に消費者がもつにいたった（あるいは、もたされるにいたった）合理的な期待が、その後現実との間に相当な不一致状態を形成した場合（②）、この結果から生ずる損害は③の勧誘行為の違法性によるものである以上、不法行為責任を負担すべきである、という論理構成になる。この点は、契約責任と不法行為責任の相互の関連の問題として、重要かつ困難なテーマであり基本的な再検討が求められているといつてよい。この点については、他日を期したい。

なお、消費者取引における私法的救済を類型化すると、契約の拘束力を求める「契約解消型」、損害の填補を求める「損害賠償型」、約束の実現を図る「契約貫徹型」がある。<sup>(97)</sup> 消費者が債務を未履行であるとか、あるいは少額

被害である場合には、契約解消型、消費者が既履行である場合は、損害賠償型が適する。業者未履行の場合には、ケースにより契約貫徹型が適する場合もあろう。このように、被害救済は一律でなければならぬと考えるのではなく、被害内容、消費者の未履行・既履行等の要因により、右の類型を選択することが消費者利益に資することになる。

（53）資産形成型取引に関する裁判例としてつぎのようなものがある。

契約不成立とするものは、東京地判昭和五九年六月二八日（判例集未登載）がある（原野商法に関する事案）。公序良俗違反で無効とするものは、名古屋地判昭和五七年九月一日（判時一〇六七号八五頁）、名古屋地判昭和六三年七月二二日（判時一三〇三号一〇三頁）、津簡判昭和六二年一月一七日（判タ六六一号一七七頁）。以上いずれも、原野商法の事案。豊田商事事件に関し、大阪地判昭和六二年四月三〇日（判時一二四六号三六頁）、ベルギーダイヤモンドのマルチまがい取引に関し、神戸簡判昭和六二年四月三〇日（判時一二四六号三六頁）など。

詐欺による取消しを認めたものに、原野商法に関し、名古屋地判昭和六一年九月一九日（判タ六三一号一八五頁）がある。不法行為責任を認めたものに、原野商法に関し、京都地判昭和六二年三月三一日（判タ六五五号一九七頁）、大阪地判昭和六二年三月三〇日（判時一二四〇号三五頁）、大阪地判昭和六三年二月二六日（判時一二九二号一一三頁）があり、豊田商事事件に関し、仙台高秋田支判昭和六三年五月二七日（判タ六五七号一四一頁）、大阪高判昭和六二年六月三〇日（判タ六五〇号一九七頁）、東京地判昭和六二年一月三〇日（判タ六五四号一八三頁）、金沢地判昭和六三年一〇月一四日（判時一二九〇号二九頁）などがある。

（54）浅井・前掲稿五七頁では、「詐欺・錯誤・公序良俗違反といった主張は、実務上しないことが多い。その理由は、まず裁判所に認められる可能性が薄いということと、契約の相手である会社に加えて役員・従業員を一括して不法行為による損害賠償の請求をしなければ、被害回復という目的を達せられないからである」という。

（55）村・前掲稿六〇～六一頁。

(56) 国井・前掲稿六三〇六五頁。

(57) 山口・前掲稿(註1)七一頁参照。証券取引法に関してだが、上村・前掲稿五頁は、証券取引法における投資者は基本的に機関投資家と同等の立場にあるが、消費者・大衆投資家は市場における地位が根本的に異なり、証取法での問題は大衆投資者の知識、経験の欠如にあると、される。

(58) 神崎克郎『証券取引法(新版)』(一九八七、青林書院) 三六六頁以下。同『証券取引規制の研究』(一九六六、有斐閣) 一九頁以下。

(59) 岸田・前掲稿一八二一八三頁。もっとも、証券取引の分野では、適合性法則について直接定めた法令上の規定はなく(ただし「有価証券の売買一任勘定に関する規則」(昭和二年七月二十四日証取委規一五)がある)、大蔵省証券局通達(「投資者本位の営業姿勢の徹底について」(昭四九・一二・二蔵証二二二一)、「有価証券の売買一任勘定の自粛について」(昭三九・二・七蔵理九二六)、「株式会社店頭市場の適正な運営について」(昭五八・二・一蔵証一四〇四)など)、および、日本証券業協会の制定する規則(公正慣習規則)により遵守が図られている。

(60) 神崎・前掲書三六六頁。また、河本・前掲稿四八八〇四九一頁参照。

(61) 岸田・前掲稿一八二頁。

(62) 山下・前掲稿(ジュリスト八八〇号)一四三頁。なお、北川善太郎「消費者被害試論」大隅健一郎先生古稀記念論集『企業法の研究』(一九七七、有斐閣) 六〇九頁の指摘する、「消費者の合理的な期待と現実との不相当な不一致状態」の一事例であるといつてよいであろう。

(63) 規制の有無を問わず、現代の契約法にあつては、説明義務は当然で、虚言によって達成不能な現像を与えるにいたつては、委託契約自体が無効・取消しとなることは当然とする、見解がある(石田・前掲稿七〇頁)。

(64) 河本・前掲稿四八五頁以下参照。

(65) 岩本雅郎「序論―判例にみる意思表示理論の修正と展望―」名古屋弁護士会編著『欺瞞取引の実態と救済―事件記録にみる救済のノウハウ―』(一九八九、全国弁護士協同組合連合会) 一〇頁以下。

(66) 商取法九四条各号違反の委託契約につき、下級審は私法上の効力を有効とする(神戸地判伊丹支判昭和四六年一〇月一四日

判時九五二号七五頁、札幌地判昭和四七年五月二四日判時六七四号一〇〇頁など。なお、河本・前掲稿四八三頁以下参照。  
(67) 松本恒雄「消費者取引における不当表示と情報提供者（下）」NBL二三〇号一六頁。

## 五 問題の整理と今後の課題

本稿は、資産形成型取引の法的研究序説としての位置を占めている。問題となった諸点を整理・要約し、つぎの課題・展望を提示し論を結ぶ。

1 契約内容や取引の目的・態様自体に合理性が欠けていたり、業者が一般的に負うべき注意義務を意図的に回避したり、誤解させるような手段を用いて勧誘を行なう取引が増大してきている。いわゆる「悪質商法」である。このうち資産形成型の取引は、投機的性格をもつことから、従来の消費者問題とはやや異質性を有しており、投機によるリスクは自分で負担すべきであり、法の介入は極力抑制されるべきである、との主張がなされる場合がある。しかし、資産形成型取引は、社会・経済条件に根をもつ構造的問題であり、一過性の事件や偶発的な詐欺犯罪による被害でないことは、被害の大規模性、深刻性を一瞥すればすぐに了解できることと思われる。消費者金融でも問題となったところであるが、借りる方も悪いのだ、といった感覚はこの種の取引の温床とはなっても、われわれの社会における構造的な生活侵害・生活破壊状況を回復する意見とは成り難いであろう。反対に、過度のパターンリズムは、同じように真の解決に到達する道ではない。資産形成型取引から生ずる紛争の解決の目標は、生活レベルでの自己決定の状況の保障に置かれる必要がある。法的課題は、このための要件を用意するということである。

2 資産形成型取引のなかで、先物取引は被害の大規模性、深刻性をともない、法理論的にも種々の課題を提示

している。

判例理論は、問題解決のための立論の根拠を、契約責任ではなく不法行為責任においていることが特徴である。しかも、従業員と法人・役員等の共同不法行為と構成する判決が常態化している。反面からいえば、契約責任の側面からは、被害回復に実効性が期待できないということである。被害回復の実効性確保のためには、契約当事者としての法人だけでなく、取締役や従業員個人の責任をも追及することが容易となる不法行為的処理が適合的なのである。

不法行為的処理は、つぎの三点を根拠とする。すなわち、①当事者（消費者）の、経験・能力・資力等、②取引の目的ないしは契約内容の達成可能性、③勧誘行為（販売方法）・取引形態の違法性、および組織的・集団的行為性である。①は、証券取引法上のいわゆる「適合性法則」が具体的基準として有用である。②については、商品・取引内容、資産状況、資金の流れ、営業活動の形態・方法などの諸事情から客観的に判断される。③は、行政取締法の規定、行為の組織性・集団性が違法性判断の基準となるであろう。

以上のような、不法行為的処理により具体的妥当性は得られる。しかし、法理論的には、契約は一応有効に成立し、同時に業者側に不法行為が成立するという点に、残された理論的課題がある。いいかえれば、「有効な契約から成立した債権・債務が、直ちに損害賠償の債権・債務に転化する」ということが論理的に成り立つのかという疑問<sup>(68)</sup>が生じてくる。契約責任と不法行為責任の連関の問題である。この相互の関係が再検討される必要がある。さもなくば、具体的妥当性の追及の結果、一般化や拡大さらに技術化が進み、ついには「良い所とり」<sup>(70)</sup>に終わってしまう危険性がある。今後の課題である。

3 最後に概念の問題がある。資産形成型の取引では、一面で業者と投資者間の関係としての側面をもつことから、消費者概念と投資者概念は対立するものであるか、あるいは重疊的關係であるのか問題となる。<sup>(71)</sup> 消費者と投資者は、言葉の本来の意味からすれば重なり合う概念ではない。反対に、消費者は供給者と対立する概念と考えられる（ていた）のに対して、投資者は利益を得る目的で資金を投下する者として、むしろ資本家に類似したものとしてとらえられる概念であり、両者は対立的関係にあるといえるかもしれない。このため、投資者には自己責任原則があり、リスクも負うのだ、と一般的にいわれる。<sup>(72)</sup> しかし、当然のことながら、投資者はリスクの範囲を判断する地位に立った場合にのみ、自己の責任を負うのであり、この前提が崩れている場合には自己責任は回避されるのである。消費者取引ではこの前提が崩れていることが問題なのである。また、消費者は、投資者になるのではなく、立場の互換性を喪失した状況下で「組織的・集团的」に投資者にされるのである。<sup>(73)</sup> 立場の互換性喪失と組織的・集团的という点が、いわゆる欺瞞取引のキーコンセプトとなるであろう。ここに、本来の意味の投資者概念では説明できない性格が存する。同様に、市場が流通市場から離れるにつれて、投資者の市場における地位は消費者のそれに接近する。<sup>(74)</sup>

また、「消費者保護は、取引対象の商品が、一般に期待される通りの品質、内容をもっていることを保障する」ことだ、という意味で消費者概念が使用されるなら、利殖を図るというような問題は、消費者問題から欠落するともいえる。しかし、いうまでもなく概念が先にあるのではない。右の概念は、商品の安全性等が中心的課題となっていた時期の、被害救済のための「道具」概念であることは、再認識されてよい。概念の一人歩き現象が進んでいる状況があるといってもよい。現代社会では消費者取引被害の問題を解決するための「道具」概念の再構築が求め



られているのである。

いわゆる「悪質商法」は、集团的・組織的に行なわれるのであり、この場合には、不当・不実な勧誘方法・取引方法による被害という側面と、生活侵害という側面をもつ。<sup>(76)</sup>現象面からすれば、悪質商法は個別取引による消費者被害の形態をとりながら、社会的に拡散し拡大し、生活侵害を惹き起こすにいたっているのである。構造的被害である。このような状況のもとでは、消費者問題を限定的に解するのではなく、現代資本主義の構造に関わる「生活者」の問題として対象領域を拡大していくことが求められているだろう。消費者を保護の対象としてみるのではなく、法のにない手としてとらえなおすことが必要である。「消費者」という概念自体が、「生活者(権)」に置き換えられる時期であるといってもよい。

この他、取締規定違反行為の私法的効力が問題となるが、この点については、すでに序論的検討を加えたことがある。<sup>(77)</sup>

4 海外先物取引については、海外先物取引規制法八条が熟慮期間(クーリング・オフ)を是認しており、問題は一見解決されたかに見える。しかし、指定制を維持しているため、その効果は半減している。また、資産形成型取引においては、契約の解消のみでは被害回復に連結しない場合があり、本稿が、従来の判例の論理構造を検討したことに意味があるであろう。

資産形成型取引には、共通の問題性があり、本稿の検討は、この種の取引に普遍的な解答を提示しようとする試みであり、欺瞞取引を理論的に把握するための序説的検討であった。

(68) 河本・前掲稿四九七頁。なお、松岡和生「商品取引委託契約が有効に成立している場合に外務員の勧誘行為の違法性を理由

として民法七一五条第一項を適用することの可否」判例評論一七四号二二頁以下。

(69) 岩本・前掲稿二頁以下参照。

(70) 椿寿夫「取引法における二極分化的な思考と志向」法時六〇巻二号二頁。なお、河本・前掲稿四九九頁では、この問題について「債権侵害による不法行為」に類するものとして、構成すべきであるとされている。すなわち「例えば、甲乙間に労務提供契約が締結されている場合に、丙が乙の引き抜きをはかるべく、乙との間に二重の契約を結んだ場合、一般的には、自由競争の原理が支配するから、丙の甲に対する不法行為は成立しない。しかし、丙の行為が良俗に違反し、社会的に是認されうる範囲を超えた場合には丙の不法行為が成立するとされている。この場合も、丙乙間の契約は有効である。有効であるからこそ、乙を拘束し、その結果、甲に損害が生ずるのであり、問題を同様に考えることができるのではないかと指摘する。

(71) 森田・前掲稿三〇頁以下。

(72) 竹内昭夫「悪質取引を防ぐ法律と考え方」国民生活一五巻八号二八頁以下。

(73) 上村・前掲稿二頁は「投資者の自己責任原則はそれ自体として否定されるべきでないことは当然である。しかし、責任とは、自由な判断が保障されている状況のもとでなされた行為について負うべきものであり、そうした状況を制度的に保障すべき責務を負った者は、その債務を履行した後に、あるいはそのための最善の努力をなしている時にはじめてこれを主張」できるとする。

(74) 上村・前掲稿一頁以下。

(75) 竹内昭夫「消費者保護」竹内他共著『現代の経済構造と法』（一九七五、筑摩書房）一九頁。

(76) 木元錦哉「消費者保護基本法二〇年―消費者保護法制の展開―」自由と正義四〇巻四号四頁以下。

(77) 山口康夫「取締規定に違反する契約の効力―消費者取引との関連を中心として―」札幌法学一卷一号三三頁以下。

(追記) 校正の段階で、名古屋地判平成元年八月一日（判時一三四五号一〇六頁）に接した。事案は、香港市場における砂糖先物取引の受託契約に関するものであるが、判決は、海外先物取引規制法八条一項、九条、一〇条に違反して契約締結させることが不法行為を構成するとして、業者に不法行為責任を認めるなど、ほぼ本稿で主張している論理に沿っており、本文の論理構成が実証されていると考えられる。